



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO – ICPD

JIHAN BARBOZA CABRAL

A MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA E O PREQUESTIONAMENTO: O EFEITO TRANSLATIVO NO ÂMBITO DO RECURSO ESPECIAL

Brasília
2010

JIHAN BARBOZA CABRAL

A MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA E O PREQUESTIONAMENTO: O EFEITO TRANSLATIVO NO ÂMBITO DO RECURSO ESPECIAL

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Medeiros Carvalho.

Brasília
2010

FICHA CATALOGRÁFICA

Cabral, Jihan Barboza

A Matéria de Ordem Pública e o Prequestionamento: O Efeito Translativo no Âmbito do Recurso Especial / Jihan Barboza Cabral.-- Brasília [S.n], 2010.

53 f.

Trabalho de Conclusão de Curso do UniCEUB. Curso de Pós-graduação em Direito Processual Civil.

1. Direito Processual Civil. Recurso especial. Matéria de ordem pública. Efeito devolutivo. Prequestionamento. I. Título.

CDU – XXX.XX

Proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, sem permissão expressa do Autor. (Artigo 184 do Código Penal Brasileiro, com a nova redação dada pela Lei n.º 8.635, de 16-03-1993).

JIHAN BARBOZA CABRAL

**A MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA E O PREQUESTIONAMENTO: O
EFEITO TRANSLATIVO NO ÂMBITO DO RECURSO ESPECIAL**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de
Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito
Processual Civil.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Medeiros
Carvalho.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com
menção ____ (_____).

Banca Examinadora

XXXXXXXXXXXXXXXXXX
Examinadora
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

XXXXXXXXXXXXXXXXXX
Examinador
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

RESUMO

O presente trabalho monográfico, inserido no âmbito do processo civil, escrito com o intuito de preencher requisito para conclusão do curso de pós graduação em Direito Processual Civil do UniCeub, tem como objetivo discutir a possibilidade de se conhecer das matérias de ordem pública em sede de recurso especial, analisando o tema sob o enfoque do prequestionamento e do efeito translativo. Primeiramente, será desenvolvido capítulo tratando da natureza do recurso especial e seus principais aspectos gerais e pressupostos de admissibilidade. Logo em seguida, abordar-se-á o instituto do prequestionamento e o conceito a ele atribuído por doutrinadores de renome na matéria do direito processual civil brasileiro. Posteriormente, discutir-se-á a relevância da matéria de ordem pública no âmbito do sistema jurídico Nacional, classificando-a como de ordem material e processual. Ao final, apresentar-se-ão as diferentes correntes doutrinárias acerca da necessidade ou não do debate prévio da matéria de ordem pública, na via especial, e o modo como o efeito translativo possibilita o conhecimento das referidas matérias pelo Superior Tribunal de Justiça. Em conclusão, posicionamo-nos por uma das três correntes apresentadas. O desenvolvimento da presente obra monográfica se deu com fulcro na leitura da doutrina consagrada e na jurisprudência dominante das Cortes Superiores.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Recurso especial. Matéria de ordem pública. Efeito devolutivo. Prequestionamento.

ABSTRACT

This monograph, which appears in civil proceedings, written in order to fulfill the requirement for completion of the postgraduate course in Civil Procedure Law of Uniceub, aims to discuss the possibility of knowing the matters of public policy at headquarters special feature, analyzing the issue from the standpoint of the effect prequestionamento and translative. First, we developed chapter addressing the special nature of the resource and its major aspects and general conditions of admissibility. Shortly thereafter, will address the institute and the concept of prequestionamento assigned to him by renowned scholars in the field of civil procedural law in Brazil. Later, it will discuss the relevance of law and order within the national legal system, classifying it as substantive and procedural order. In the end, will present the different strands of doctrine on the necessity or otherwise of the previous debate matters of public policy, especially on the road, and how the effect translative allows knowledge of the matters referred by the Superior Court. In conclusion, positioned myself on one of the three streams presented. The development of this monograph is given with focus on the reading of the doctrine enshrined in case law and Supreme Courts ruling.

Key-words: Civil Litigation. Special appeal. Matter of public policy. Effect of devolution. Prequestionamento.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 RECURSO ESPECIAL	8
1.1 Origem	8
1.2 Características	9
1.3 Requisitos Gerais	11
1.4 Requisitos Específicos	11
1.4.1 Esgotamento da Instância Ordinária	12
1.4.2 Cabimento	13
1.4.3 Matéria de Prova	16
1.5 Interposição e Seus Efeitos	17
1.5.1 Efeito Devolutivo	18
1.5.2 Efeito Suspensivo	19
2 PREQUESTIONAMENTO	21
2.1 Conceito e Breve Histórico	21
2.2 Características e Função	21
2.3 Prequestionamento Explícito	25
2.4 Prequestionamento Implícito	25
3 MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA	28
3.1 Conceito, Características e Função	28
3.2 Matéria de Ordem Pública Material	29
3.3 Matéria de Ordem Pública Processual	29
4 O EFEITO TRANSLATIVO NO RECURSO ESPECIAL	33
4.1 Posição Favorável ao Efeito Translativo da Matéria de Ordem Pública sem o Prequestionamento	34
4.2 Posição Favorável à Aplicação do Efeito Translativo para o Conhecimento das Matérias de Ordem Pública, desde que Prequestionada	41
4.3 Posição Contrária à Existência do Efeito Translativo no Recurso Especial	43
4.4 Nossa Posição	46
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

Embora a doutrina não apresente divergência quanto ao fato de ser o prequestionamento condição indispensável de admissibilidade do recurso especial, tendo sido o tema inclusive sumulado no egrégio Superior Tribunal de Justiça, os aplicadores do direito ainda dissentem acerca da obrigatoriedade do debate anterior da matéria de ordem pública, para ingresso na via extraordinária, por meio do apelo nobre. Em razão da discordância existente acerca da mencionada questão, tem a presente monografia o fito de enfrentá-la e analisá-la.

A parte primeira do trabalho tem por escopo abordar a origem do recurso especial, suas características relevantes, suas hipóteses de cabimento no âmbito dos recursos em geral, seus efeitos e pressupostos específicos.

O segundo capítulo cuida do requisito do prequestionamento, no que tange a sua origem e características.

No capítulo terceiro, serão expostos os conceitos apresentados para definir o que é matéria de ordem pública e a explicitação de sua natureza relevante frente às outras matérias de direito, oportunidade na qual, far-se-á a distinção entre matérias de ordem pública processual e de direito material.

Por último, confrontar-se-ão os posicionamentos divergentes acerca do prequestionamento da matéria de ordem pública para o conhecimento do Apelo Especial, sua obrigatoriedade ou desnecessidade, para o fim de chegar a um posicionamento individual sobre o tema controvertido e firmar qual o entendimento que prevalece no âmbito do STJ.

1 RECURSO ESPECIAL

1.1 Origem

Anteriormente à Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal (STF) era o competente para uniformizar a interpretação da norma infraconstitucional e constitucional. Porém, com o advento da nova Carta Constitucional, e diante da sobrecarga de processos julgados pelo STF, foi criado o Superior Tribunal de Justiça (STJ), dentre as suas competências, foi-lhe consagrada à missão de exame de um novo apelo extraordinário, qual seja, o recurso especial.

Antes da nova ordem constitucional, o recurso extraordinário abrangia como causas de pedir, violações à ordem constitucional e à ordem infraconstitucional.

Após o advento da nova Carta, dividiram-se entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça as funções de guarda da Constituição e a das Leis Federais, cabendo, ao primeiro, a tutela do ordenamento constitucional e, ao segundo, a defesa da legislação infraconstitucional e com a nova ordem constitucional institui-se o recurso especial, introduzindo em seus casos de cabimento aqueles que eram subsumidos ao recurso extraordinário, e que objetivavam a corrigir *erros in procedendo* e *erros in judicando*, cometidos com infração à Constituição e às Leis. (FUX, 2005, p. 1191)

O papel do recurso especial, que antes era desempenhada pelo recurso extraordinário, é a sustentação da autoridade e unidade da lei federal, em razão de que no Judiciário Brasileiro existem múltiplos organismos judiciários encarregados de aplicar o direito positivo elaborado pela União (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 665).

É o que se pode extrair também das precisas lições de Rodolfo Mancuso (2006, p. 16):

O advento da Constituição Federal de 1988, consagrando uma cisão na tradicional competência do Supremo Tribunal Federal em matéria de recurso extraordinário, com a criação de um recurso de natureza excepcional – o especial, direcionado ao Superior Tribunal de Justiça.

Conforme relatado ao longo do presente tópico, a competência transferida ao Superior Tribunal de Justiça foi a de zelar pela integridade e uniformização da interpretação do direito infraconstitucional, e esta atribuição ficou instituída no art.

105, inciso III,¹ da Constituição Federal de 1988, como recurso adequado a impugnar questões de Direito, que enfrentam diretamente legislação federal.

1.2 Características

O recurso especial constitui instrumento valioso e nobre, “essencialmente destinado a proteger a integridade e a uniformidade de interpretação do direito federal infraconstitucional” (ASSIS, 2008, p. 773). É o remédio instituído para viabilizar o STJ como guardião do direito federal comum.

Por conseguinte, a classificação concebida pelo art. 105, III, da CF de 1988, de recurso “extraordinário” deve-se à primazia da autoridade da aplicação uniforme da lei federal.

Desse modo, não é suficiente simples derrota de uma das partes litigantes na demanda. É imprescindível, diante da sua missão singular, que tenha sido apreciada a matéria infraconstitucional impugnada e não trate o apelo de reexaminar circunstâncias de ordem fática ou probante.

Convém salientar o que se segue:

Não é só matéria de fundo regulada pelo direito federal, o que propiciaria o exame dos vícios de juízo (errores in iudicando) na via especial, mas o direito processual também se insere na vasta competência legislativa da União (art. 22, I, da CF/1988). Assim, o menor erro de atividade (*error in procedendo*) cometido nos milhões de processos que tramitam na Justiça Federal e na Justiça ordinária constitui matéria idônea no recurso especial. (ASSIS, 2008, p. 774)

Outrossim, assevera Fux (2005, p. 779):

É que os meios de impugnação acima (resp e re), sem perderem a característica de “recursos”, porquanto possibilitam o reexame das decisões impugnadas em grau superior de jurisdição, atêm como pressuposto básico não só a sucumbência, senão a violação, pela decisão gravosa, da ordem jurídica constitucional e infraconstitucional.

E também leciona, José Edvaldo Albuquerque de Lima (2007, p. 136):

Encontra-se catalogado entre os recursos nobres, como remédio constitucional utilizado para dar interpretação uniforme à lei federal de forma ampla e que tenha validade para todos em situações semelhantes, não se cabendo apreciar matéria de fato, por não tratar de continuidade de

¹ Art. 105, inciso III, da CF/88: Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III) julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única, ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, Distrito Federal e Territórios quando a decisão recorrida: [...].

discussão do litígio entre as partes, preocupando-se, apenas, com o exame das questões de direito.

De outra banda, na expressão de Arruda Alvim (1997, p. 31):

Coube matéria vital, qual seja a de ser o guardião da inteireza do sistema jurídico federal não constitucional, assegurando-lhe validade e bem assim uniformização de interpretação. A função do recurso especial é uma exigência síntese do Estado federal em que vivemos.

Da leitura dos excertos colacionados, conclui-se que não basta mero inconformismo da parte que perdeu a demanda para que o acórdão recorrido de tribunal local seja reexaminado pelo STJ, por meio do recurso especial, pois dito apelo extraordinário só é cabível dentro da função político-constitucional que acima explicitamos, qual seja, a de solver uma questão federal controvertida.

Das razões apresentadas por Bernardo Pimentel (2004, p. 396/397) em sua obra, Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória, importante destacar:

Convém salientar que o recurso especial não é cabível contra os julgados de todas as cortes judiciárias. Apenas os pronunciamentos dos tribunais regionais federais e das cortes de justiça e de alçada locais podem ser combatidos por meio de recurso especial. Já os acórdãos proferidos por tribunais trabalhistas, eleitorais, militares federais não podem ser impugnados via recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça. Também não é cabível especial contra julgado do próprios Superior Tribunal de Justiça, ainda que o *decisum* tenha sido proferido no exercício da competência originária ou em sede de recurso ordinário. Igualmente, não cabe recurso especial contra acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, por mais notória que seja a ofensa à lei federal.

Portanto, o recurso especial tem por objetivo garantir a aplicação da lei federal e uniformizar sua interpretação jurisprudencial, de modo que os Juízes de Direito Estaduais e os Tribunais de Justiça, os Juízes Federais Comuns e os Tribunais Regionais Federais, diante do modelo de competência judicial brasileiro, espelhem o entendimento firmado pelo Egrégio Tribunal Superior.

As hipóteses de cabimento estão dispostas, de forma taxativa, no art. 105, III, alíneas “a”, “b” e “c” da Constituição Federal de 1988, que dispõe, *in verbis*:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vi;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

1.3 Requisitos Gerais

Os requisitos gerais para o processamento dos recursos cíveis consistem nas exigências legais que devem estar satisfeitas para que o órgão julgador possa ingressar no juízo de mérito do recurso.

De acordo com a doutrina de Barboza Moreira, existem os requisitos intrínsecos e extrínsecos.

É o que preleciona Leonardo Castanho Mendes (2006, p. 118):

Enquanto Barbosa Moreira divide os requisitos de acordo com a sua ligação com a existência do direito de recorrer ou com o exercício desse direito, respectivamente, em intrínsecos (cabimento, legitimação, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer) e extrínsecos (tempestividade, regularidade formal e preparo), Nelson Nery Junior, utilizando-se embora dos mesmos nomes, denomina de intrínsecos aqueles pressupostos que digam respeito à decisão recorrida em si mesma considerada (cabimento, legitimação para recorrer e interesse em recorrer) e de extrínsecos os fatores externos à decisão judicial (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e preparo).

Portanto, a despeito da divergência doutrinária entre os dois autores, podemos utilizar como critério classificatório aquele que divide os requisitos intrínsecos em interesse recursal, legitimidade e cabimento e, os pressupostos extrínsecos em, tempestividade, preparo e regularidade processual, sem prejuízo de afirmarmos que a diversidade de critérios adotados pela doutrina não gera nenhuma consequência prática.

Ademais, “Enquanto os primeiros estão relacionados à existência do direito de recorrer, os últimos estão ligados ao exercício daquele direito.” (SOUZA, 2004, p. 53)

1.4 Requisitos Específicos

Na via especial, há requisitos específicos que se somam aos gerais para fins de admissibilidade da insurgência constitucional. Passemos, então, a tratar dos requisitos específicos nas próximas subseções.

1.4.1 Esgotamento da Instância Ordinária

É expresso no art. 105, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que caberá ao Superior Tribunal de Justiça, julgar, em sede de recurso especial, as “causas decididas, em única ou última instância.”

Nesse sentido, o pronunciamento do STJ, quando do julgamento do Agravo Regimental no Ag. 848.811/ES, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ de 10/03/2008, cuja ementa retratou:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA EM EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS. NECESSIDADE.

I - O artigo 105, inciso III, da Constituição Federal estatui que “compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, ...”. Segundo a previsão constitucional, portanto, o recurso especial deve ser interposto contra decisões emanadas de tribunais, por seus órgãos colegiados, ficando afastada a possibilidade de insurgência contra aquelas proferidas singularmente pelo relator. Mesmo nos casos de embargos de declaração, deve ser buscada a manifestação do órgão colegiado sobre a questão suscitada, para que se viabilize o acesso a esta instância excepcional. Precedentes. (AgRg no Ag. 848.811/ES, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ de 10/03/2008)

Logo, diante do mandamento constitucional, só é cabível recurso especial quando esgotados todos os meios de insurgência recursal na Corte *a quo*. Cabe consignar, que a decisão deve ser emanada dos Tribunais de Justiça, dos Regionais Federais e, anteriormente à EC 45/2004, dos Tribunais de Alçada.

Sobre a especialidade do recurso, observa Rodolfo de Camargo Mancuso. (2006, p. 16)

A explicação dessa exigência está em que o STF e o STJ são órgãos da cúpula judiciária, espraiando suas decisões por todo território nacional. Em tais circunstâncias, compreende-se que as Cortes Superiores apenas devam pronunciar-se sobre questões federais (STJ) ou constitucionais (STF) – que podem ser prejudiciais – numa lide que esteja totalmente dirimida nas instâncias inferiores.

Se os Tribunais da Federação dão a última palavra, de acordo com suas atribuições, compreende-se que o interesse do recorrente depende de que já tenham sido experimentadas todas as possibilidades de impugnação que antes se lhe abriram. (MANCUSO, 2003, p. 104)

Ressalva-se, porém, que não são todos os julgados proferidos pelos Tribunais Regionais Federais e de Justiça que serão passíveis de impugnação por meio de recurso especial, mas apenas aqueles proferidos em “única ou última instância”. (SOUZA, 2004, p. 597)

Relevante destacar, a Súmula n. 281/STF: “É inadmissível recurso extraordinário quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”.

De igual modo, a vedação sumular 207/STJ: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”.

Na lição de Vicente Greco Filho (1999, p. 333):

Só cabe recurso especial se forem esgotados os recursos ordinários, inclusive os embargos infringentes perante os tribunais, se cabíveis, de modo que a parte não pode abandonar ou deixar de utilizar os recursos ordinários para querer, desde logo, interpor o especial.

No mais, também, é cabível recurso especial contra acórdão de agravo de instrumento. Nesse sentido, o recurso ficará “retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo de cinco dias após proferida a decisão final”, nos termos do art. 542, § 3º, do CPC.²

Por fim, não cabe recurso especial contra decisão singular de membros dos Tribunais, contra acórdãos proferidos por Turmas Recursais dos Juizados Especiais, contra arestos que concedem mandado de segurança, bem como decisões proferidas por Tribunais administrativos.

1.4.2 Cabimento

As hipóteses de cabimento do recurso especial estão elencadas no art. 105, III, alíneas “a”, “b” e “c”, da Constituição Federal de 1988, anteriormente transcrito.

² Art. 542 do Código de Processo Civil - Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões.

§ 3º - O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interposto contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões.

Da leitura da citada norma, infere-se que o objetivo do recurso especial está ligado diretamente à violação de um preceito infraconstitucional provenientes de acórdão proferidos por Tribunais a ele vinculados.

Há de se ressaltar o alcance da expressão “lei federal” a ser objeto de impugnação na via especial. Nesse particular, com maestria, Bernardo Pimentel Souza (2004, p. 402/403) ensina:

A expressão “lei federal” insere na letra “a” do inciso III do artigo 105, alcança em primeiro lugar as leis federais propriamente ditas: normas elaboradas pelo Legislativo Federal e com eficácia em todo o território nacional brasileiro. Além das leis ordinárias e complementares, as leis delegadas, os decretos e os regulamentos federais também estão abrangidos na cláusula constitucional. As medidas provisórias editadas pelo Executivo Federal são igualmente alcançadas pela expressão “lei federal”.

Por fim a cláusula constitucional também abrange tanto o direito estrangeiro aplicável por força da Lei de Introdução ao Código Civil como o tratado internacional incorporado ao nosso ordenamento jurídico.

(...)

Ao revê, meras portarias ministeriais, avisos, circulares, instruções normativas, provimentos, convênios interestaduais e enunciados das súmulas dos tribunais, não estão inseridos na expressão “lei federal”.

Prestigiando decisão do STJ, registro o pronunciamento do REsp 837.859/RS, da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 08/03/2006:

1. A jurisprudência assentada no STJ considera que, para efeito decabimento de recurso especial (CF, art. 105, III), compreendem-se no conceito de lei federal os atos normativos (= de caráter geral e abstrato), produzidos por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição, como são as leis (complementares, ordinárias, delegadas) e as medidas provisórias, bem assim os decretos autônomos e regulamentares expedidos pelo Presidente da República (Emb.Decl. no Resp 663.562, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 07.11.05). Não se incluem nesse conceito os atos normativos secundários produzidos por autoridades administrativas, tais como resoluções, circulares e portarias (Resp 88.396, 4ª Turma, Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 13.08.96; AgRg no Ag 573.274, 2ª Turma, Min. Franciulli Netto, DJ de 21.02.05), instruções normativas (Resp 352.963, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 18.04.05), atos declaratórios da SRF (Resp 784.378, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 05.12.05), ou provimentos da OAB (AgRg no Ag 21.337, 1ª Turma, Min. Garcia Vieira, DJ de 03.08.92). (REsp 837.859/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08/03/2006)

Com relação à primeira alínea constitucional, para interposição do recurso especial (“a”) “trata-se de permissivo genérico, no qual estão, em última análise, contidos os demais – específicos.” (SOUZA, 2004, p. 402).

“O manejo do recurso é autorizado na situação extrema do Tribunal de origem ter negado vigência à lei federal, bem assim quando pela solução aplicada

ao caso tenha se constatado malferimento a dispositivo federal.” (PORTO, 2007, p. 167)

Quanto ao apelo especial com base na alínea “b”, do inciso III, do art. 105, da Carta Política, este tem por fim contrastar ato de governo local e uma norma federal. “nesta alínea é fundamental discorrer sobre o confronto que se estabelece entre ato de governo local e a legislação federal. O ator deve ser inquinado de ilegal, à luz de normas identificadas pelo recorrente.” (PORTO, 2007, p. 168)

A propósito, o pronunciamento do Min. Castro Meira, no julgamento do AgRg no REsp 984.878/RJ, DJ de 17/12/2007:

Pela alínea “b”, o recorrente não cuidou em explicar de forma pormenorizada como a Corte de origem teria julgado válido ato de governo local contestado em face de lei federal, limitando-se a realizar algumas singelas considerações sobre a incompatibilidade entre o lançamento fiscal e a LC nº 56/87, da qual nem sequer indicou o dispositivo legal supostamente infringido. Incidência da Súmula 284/STF.

Por fim, o cabimento do recurso especial pela divergência a que alude o art. 105, III, alínea “c”, do permissivo constitucional, deve ser comprovada nos moldes exigidos pelo art. 541, parágrafo único, do CPC, c/c o art. 255 e seus §§ do RISTJ com o fim de afastar a interpretação divergente atribuída à lei federal por tribunais a si vinculados.

Os referidos dispositivos expressam:

Art. 541 - O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão:

- I - a exposição do fato e do direito;
- II - a demonstração do cabimento do recurso interposto;
- III - as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Art. 255. O recurso especial será interposto na forma e no prazo estabelecido na legislação processual vigente, e recebido no efeito devolutivo.

§ 1o. A comprovação de divergência, nos casos de recursos fundados na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição, será feita:

a) por certidões ou cópias autenticadas dos acórdãos apontados divergentes, permitida a declaração de autenticidade do próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal;

b) pela citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que os mesmos se achem publicados.

§ 2o. Em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

§ 3o. São repositórios oficiais de jurisprudência, para o fim do § 1o, b, deste artigo, a Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Revista do Superior Tribunal de Justiça e a Revista do Tribunal Federal de Recursos, e, autorizados ou credenciados, os habilitados na forma do art. 134 e seu parágrafo único deste Regimento.

Portanto, para se caracterizar o dissídio pretoriano é necessário cotejo analítico entre os julgados confrontados com a demonstração da divergência da questão federal suscitada. É essencial, também, que haja similitude fática entre os arestos, com análise de teses jurídica antagônicas.

No mais, os arestos devem ser provenientes de Tribunais diversos a si vinculados ou até mesmo do próprio Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, a Súmula n. 13/STJ: “a divergência entre julgados do mesmo Tribunal não enseja recurso especial.”

Neste sentido, a função principal do recurso fundado na alínea “c”, do permissivo constitucional é estabelecer a uniformização da jurisprudência das Cortes do país, quando divergentes entre si, acerca da interpretação da norma infraconstitucional federal.

1.4.3 Matéria de Prova

Em razão da premissa exclusiva do recurso especial de uniformizar a interpretação da lei federal, refoge à sua competência a pretensão da parte de se examinar matéria de prova, a teor do que disciplina a Súmula 7, do Superior Tribunal de Justiça: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Bernardo Pimentel (2004, p. 424/425) bem afirma que “não há dúvida que é impertinente recurso especial com mero intuito de reapreciação de provas. Nem é possível recurso especial para exame de prova não considerada pelo tribunal local ao decidir questão fática a ela ligada.

A propósito, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. REEXAME DE PROVA - IMPOSSIBILIDADE NA VIA EXCEPCIONAL. SÚMULA Nº 07/STJ.

1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que julgou improcedente Ação de Reparação de Danos contra o recorrido, ex-Prefeito de São João da Ponte - MG.
2. Demonstrado de forma indubitável na decisão objurgada que, para o deslinde da questão, resta necessário o reexame de matéria probatória.
3. Em sede de recurso especial, como é elementarmente sabido, não há campo para se revisar entendimento de segundo grau assentado em prova, haja vista que a missão de tal recurso é, apenas, unificar a aplicação do direito federal, conforme está sedimentado na Súmula nº 7, desta Colenda Casa Julgadora: "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".
4. Recurso não conhecido. (REsp 190.355/MG, DJ de 05/02/2001).

Vale ressaltar, porém, que:

não constituir reexame de prova, ponto de não permitir o conhecimento do recurso especial, a mera aferição da ocorrência de um determinado fato incontroverso e necessário ao julgamento da demanda, e que seja constatado pelo simples cotejo entre documentos, como vg. a aferição da data em que ocorreu determinado evento. (Boletim do STJ, n. 02/98, p. 47)

Bernardo Souza Pimentel (2004, p. 635) defende que “ultrapassando o juízo de admissibilidade e tendo o STJ que julgar a causa, ele pode ‘examinar’ (...) questão de fato ainda não solucionada e cuja a apreciação é inadmissível a solução da espécie”.

1.5 Interposição e Seus Efeitos

Segundo Bernardo Souza Pimentel (2004, p. 15), os efeitos dos recursos são as consequências jurídicas da recorribilidade, da interposição e do julgamento dos recursos processuais.

O principal efeito recursal é sustar o trânsito em julgado da decisão impugnada, fazendo com que aquela decisão não produza nenhum efeito, até o julgamento final do recurso. (LIMA, 2007, p. 136)

Quanto à sua interposição, os recursos possuem efeitos devolutivos e suspensivos.

Sobre o tema, ensina José Edvaldo Albuquerque de Lima (2007, p. 136):

Diz-se suspensivo porque prolongam o efeito da decisão recorrida, ficando ela sobrestada até julgamento em definitivo do recurso. No caso do efeito devolutivo, há uma transferência de competência daquela matéria para o Tribunal hierarquicamente superior, devolvendo-lhe o conhecimento da decisão impugnada, para que possa mantê-la ou reformá-la no todo ou em parte.

Na instância extraordinária, conforme disposto no art. 542, § 2º, do CPC, a devolutividade é a regra, enquanto a suspensividade é a exceção. Cuidemos, neste momento, de discorrer acerca dos efeitos que se aplicam ao recurso especial.

1.5.1 Efeito Devolutivo

O artigo 542, § 2º do Código de Processo Civil está assim redigido:

Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contra-razões.

...

§ 2º Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

Da leitura da referida norma, conclui-se que o efeito devolutivo se aplica ao recurso especial.

Para compreendermos melhor o sobredito efeito, colacionamos trecho da obra de Nery Junior (1996, p. 428/429) que bem conceitua o mencionado instituto:

O efeito devolutivo é manifestação do princípio dispositivo, e não mera técnica do processo, princípio esse fundamento do direito processual civil brasileiro. Como o juiz, normalmente, não pode agir de ofício, devendo aguardar a provocação da parte ou interessada (CPC 2º), deve, igualmente, julgar apenas nos limites do pedido (CPC 460), que são fixados na petição inicial pelo autor (CPC 128), não podendo o juiz julgar *extra*, *ultra* ou *infra petita*. Se o fizer, estará cometendo excesso de poder.

Na mesma linha, o ensinamento de Bernardo Pimentel Souza (2007, p. 184):

Por força do artigo 542, § 2º, do Código de Processo Civil, o recurso especial produz efeito devolutivo, transferindo ao Superior Tribunal de Justiça o conhecimento da matéria de direito federal infraconstitucional impugnada pelo recorrente e decidida pelo tribunal de segundo grau, sendo admissível a alegação tanto de *error in iudicando* como de *error in procedendo*.

No âmbito do recurso especial, o efeito devolutivo é limitado. Tratando-se de recurso de fundamentação vinculada, nem todas as matérias agitadas perante o

tribunal recorrido e que tenham sido objeto da decisão poderão ser pacíficas de interposição do mencionado recurso. (MEDINA, 2005, p. 67)

Ademais, de acordo com Fux (2005, p. 1193):

somente se devolve ao tribunal a questão federal consistente na violação normativa e não qualquer injustiça que tenha sido perpetrada no julgado. A *causa pedenti* de impugnação tem que ser necessariamente essa infração.(...) Isto porque, em contraposição à amplitude do princípio *tantum devolutum*, os recursos em foco (re e resp) limitam a devolução da cognição ao Tribunal.

Portanto, não são devolvidas ao STJ as questões suscitadas e discutidas na causa, mas somente aquela(s) que cuidem de questão federal.

1.5.2 Efeito Suspensivo

Salis e Morel (*apud* NERY, 1996, p. 445):

O efeito suspensivo é uma qualidade do recurso que adia a produção dos efeitos da decisão impugnada assim que interposto o recurso, qualidade essa que perdura até que transite em julgado a decisão sobre o recurso. Pelo efeito suspensivo, a execução do comando emergente da decisão impugnada não pode ser efetivada até que seja julgado o recurso.

Daí que tal efeito, por sua vez, impede o prosseguimento da execução até que seja definida a matéria discutida em grau de recurso.

Ocorre que, pode ser determinado efeito suspensivo à decisão objeto de recurso especial, diante do eventual dano grave ou de difícil reparação que a execução provisória do julgado possa oferecer.

Tal afirmação pode ser feita a partir do entendimento exposto na obra do Ministro Fux (2005, p. 1197):

Os recursos extremos não têm efeito suspensivo, apenas devolutivo, haja vista que a matéria que eles encerram já restou exaustivamente debatida. Entretanto, é possível que o até o julgamento desses recursos algum dano irreparável ocorra. Destarte, é da nova sistemática processual a concessão de efeito suspensivo *ope judicis* ao recurso.

A propósito, para bem ilustrar a questão, destaco o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO ATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. BLOQUEIO DE CONTAS PÚBLICAS. EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO *FUMUS BONI JURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*.

1. Medida Cautelar para fins de emprestar efeito suspensivo ativo a recurso especial ofertado contra o acórdão que considerou inviável o bloqueio de valores para fins de determinar o fornecimento de medicamento vital à requerente.

2. O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Insere-se aí a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares inaudita altera pars) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico.

3. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (*periculum in mora* e *fumus boni juris*), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal.

4. Em casos tais, pode ocorrer dano grave à parte, no período de tempo que mediar entre o julgamento no tribunal *a quo* e a decisão do recurso especial, dano de tal ordem que o eventual resultado favorável, ao final do processo, quando da decisão do recurso especial, tenha pouca ou nenhuma relevância.

5. Há, em favor da requerente, a fumaça do bom direito (decisões mais recentes desta Corte no sentido de ser possível o seqüestro aqui postulado), e é evidente, pois, o perigo da demora (a imediata execução do *decisum a quo*, com prejuízos incalculáveis à requerente).

6. Tais elementos, por si sós, dentro de uma análise superficial da matéria, no juízo de apreciação de medidas cautelares, caracterizam a aparência do bom direito.

7. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo juiz, de modo que o cidadão tenha cada vez mais facilitada, com a contribuição do Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.

8. Medida Cautelar procedente. (MC 12.983/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 28/02/2008).

Concluimos que é possível atribuir efeito suspensivo ao recuso especial, mediante manejo de ação cautelar no Superior Tribunal de Justiça com objetivo de abrandar a regra do art. 542, § 2º, do CPC, desde que demonstrados os requisitos liminares da fumaça do bom direito e da previsibilidade de dano irreparável consubstanciado no perigo da demora.

Outro efeito de interposição do recurso especial e objeto do presente trabalho é o efeito translativo, que cuidaremos em capítulo próprio.

2 PREQUESTIONAMENTO

2.1 Conceito e Breve Histórico

Segundo Aurélio Buarque de Holanda (1975, p. 1126/1172) prequestionar significa: “pre-. ‘anterioridade’: preexistir” e “questionar. 1. fazer ou levantar questão acerca de; discutir, disputar, controverter” ou seja, questionar previamente determinada matéria.

O prequestionamento, por seu turno, não é instituto recente no âmbito jurídico brasileiro. Já na Constituição Federal de 1981 foi adotado, em seu artigo 59, III, § 1º, “a”, como pressuposto de admissibilidade recursal extraordinária.

Athos Gusmão Carneiro (2007, p. 48) esclarece: “A exigência do prequestionamento foi expressa desde a Constituição de 1981, cujo art. 59 III, “a”, dispunha: “... quando se questionar sobre a validade de leis, ou aplicação de tratados ou leis federais, a decisão for contra ela”.

Embora a Constituição Federal de 1988, expressamente não faça referência ao prequestionamento, este se encontra implícito no texto maior, conforme leitura do art. 105:

Art. 105 - Compete ao Superior Tribunal de Justiça: julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida.

2.2 Características e Função

É entendimento pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência, de que o prequestionamento é requisito essencial ao processamento dos apelos nobres porque “decorre da própria natureza extraordinária do recurso”. (LEITE, 1991, p. 192/193)

Eduardo Ribeiro (1998, p. 248/249) ensina:

O que se terá como indispensável é o exame da questão pela decisão recorrida, pois, isso sim, deflui da natureza do especial e do extraordinário e resulta do texto constitucional. Vale insistir. O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema, objeto do recurso, haver sido examinado pela decisão atacada, constitui consequência inafastável da própria

previsão constitucional, ao estabelecer os casos em que são cabíveis extraordinário e especial. Não há nenhum amparo legal ou constitucional, entretanto, para sustentar que a admissibilidade de tais meios de impugnação se vincule à provocação da parte, antes do julgamento.”

Se assim não o fosse, estar-se-ia deturpando o alcance da atribuição determinada pela Constituição Federal aos Tribunais superiores, tornando-os uma corte de revisão ou de mera cassação.

Para fins de salvaguardar a imperiosa necessidade de debate prévio das matérias a serem impugnadas nas instâncias extraordinárias, foram editados os enunciados 211, do STJ, 282 e 356, do STF.

A Súmula n. 282 do Supremo Tribunal Federal expressa: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

Também da Corte Maior, o enunciado n. 356: “O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos de declaração, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”

O Superior Tribunal de Justiça, por sua competência, editou a Súmula n. 211, que prevê: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Portanto, da leitura das referidas súmulas, somente quando a questão objeto da impugnação recursal for discutida pela decisão atacada é ultrapassado o requisito do prequestionamento.

Ruy Rosado de Aguiar (2006, p. 274) entende:

Em resumo, a questão está prequestionada quando foi objeto de julgamento pelo tribunal *a quo*, e não quando apenas suscitada pela parte. É prévio não em relação ao julgamento pelo Tribunal a quo (pois é ali que se dá o questionamento), mas porque antecede ao recurso excepcional oferecido pela parte.

Na linha de pensar acima:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. FUNDAMENTO INATACADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. ALÍNEA 'C'. EXAME PREJUDICADO.

I- Restou ausente o prequestionamento da matéria tratada nos dispositivos legais tidos por malferidos, quais sejam, os arts. 2º e 4º da Lei nº 8.906/94.

II- Sendo a função precípua do recurso especial velar pela aplicação e correta interpretação da lei federal, necessário se faz que a decisão

impugnada tenha emitido juízo de valor sobre a matéria inserta nos dispositivos legais que se apontam violados.

III- É inadmissível o recurso especial quando ausente o prequestionamento do tema inserto na norma apontada como violada. Incidência das Súmulas nºs. 282 e 356 do c. STF.

IV- Aplica-se o óbice previsto na Súmula nº 283 do Supremo Tribunal Federal na hipótese em que o recorrente deixa de impugnar especificamente fundamento que por si só é suficiente para manter a decisão recorrida.

V- Resta prejudicado o exame do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional, ante a ausência de prequestionamento da matéria e de impugnação de fundamento suficiente para sustentar o v. acórdão.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 974.898/GO, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 28/04/2008).

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR. JUROS MORATÓRIOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA.

1. O Tribunal de origem não se manifestou acerca da incidência de juros moratórios em sede de precatório complementar e sequer foram opostos embargos de declaração para viabilizar o acesso à instância especial.

2. A ausência de prequestionamento da matéria deduzida no recurso³ especial atrai o óbice das Súmulas 282 e 356/STF.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 911.594/SP, Relª Minª Denise Arruda, DJ de 14/04/2008).

Não destoam os julgados, por exemplo, do posicionamento expresso por Vicente Greco Filho (2000, p. 333), quando afirma que “somente é admissível o recurso especial se a matéria foi expressamente examinada pelo tribunal, ou seja, foi prequestionada”.

Para fins de prequestionamento, quando da interposição de embargos declaratórios, cabe enfatizar, o enunciado sumular n. 98/STJ, que expressa “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.”

³ Art. 535 do Código de Processo Civil - Cabem embargos de declaração quando: (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

Conforme disposto no art. 535 I e II, do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios têm a finalidade de aperfeiçoar o julgado afastando-lhe os vícios da omissão, contradição ou obscuridade.

Bernardo Pimentel (2004, p. 298) retrata:

O recurso de embargos declaratórios visa a complementar e a aclarar a decisão embargada, produzindo apenas efeito integrativo. Sem dúvida, a finalidade principal do recurso de declaração é permitir o acabamento do julgado, a fim de que sejam aclaradas as obscuridades, eliminadas as contradições e supridas as omissões na prestação jurisdicional.

Embora desvirtuada da sua função precípua, conforme anotado na súmula n. 98/STJ, os embargos podem ter a função de forçar o ingresso na instância especial, desde que presente às hipóteses para seu cabimento: omissão, contradição ou obscuridade.

Por outro lado, não basta à mera oposição do recurso integrativo para fins de ultrapassar a barreira do prequestionamento. É necessário o enfrentamento da questão no âmbito do Tribunal *a quo*, nos termos em que delimitado pela Súmula n. 211/STJ, anteriormente citada.

As súmulas acima mencionadas indicam o modo pela qual as partes podem obter um juízo positivo de conhecimento de seus recursos extraordinários. Ou seja, sendo omissa a decisão de única ou última instância sobre determinada questão federal, imprescindível a oposição dos competentes embargos declaratórios para que se provoque o Tribunal local a se manifestar.

Ocorre que, tal tema é controverso, havendo divergência de interpretação entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Enquanto que há uma posição perante o Supremo Tribunal Federal que considera suficiente a interposição de embargos declaratórios (muito embora em menor parte), entende o Superior Tribunal de Justiça que isso apenas não basta, sendo imprescindível haver manifestação expressa sobre a matéria ventilada pelas partes.

Portanto, embora não expresso na Constituição Federal, a necessidade do prequestionamento da matéria infraconstitucional para fins de acesso à via do recurso especial encontra divergência no doutrinário e, mais ainda, no âmbito jurisprudencial.

Insta salientar que, a necessidade do debate prévio da questão a ser enfrentada na via excepcional, decorre da própria interpretação da competência

atribuída pelo art. 105, III, da CF, quando destacada nas expressões “causas decididas, em única ou última instância”, “quando a decisão recorrida”, desde que se adapte às hipóteses de cabimento estabelecidas nas alíneas “a”, “b” e “c”, do permissivo constitucional.

2.3 Prequestionamento Explícito

O prequestionamento explícito sugere a doutrina, decorre da necessidade de manifestação expressa do dispositivo de lei pelo acórdão impugnado, sem o qual não é possível o conhecimento da insurgência recursal.

Nelson Nery Júnior (1996, p. 39) ensina que “o prequestionamento tem de ser explícito, isto é, o acórdão tem de decidir efetivamente a questão, ao passo que o STJ tem admitido o prequestionamento implícito, que ocorre quando a questão foi posta à discussão no primeiro grau, mas não mencionada no acórdão.”

Ante o exposto, podemos inferir que quem prequestiona é a sentença ou acórdão judicial quando provocado por uma das partes, decidindo-o quando a matéria for federal ou constitucional, inclusive com referência expressa do dispositivo federal ou constitucional.

2.4 Prequestionamento Implícito

Por outra banda, o prequestionamento implícito não depende da “menção aos textos de lei ditos contrariados; bastará que a questão federal, regida pela norma legal, tenha sido objeto de apreciação.” (CARNEIRO, 2007, p. 61)

O STJ, por Corte de vanguarda, atenua o formalismo exacerbado do prequestionamento explícito da lei federal pelo acórdão atacado, desde que efetivamente o Tribunal de origem examine o tema, mesmo sem indicar o artigo de lei de forma numérica no seu julgado.

A teor do acima ressaltado, trecho do voto proferido pelo Min. Felix Fischer no julgamento do AgRg no REsp. 714.082/RS, DJ de 12/12/2005:

Com efeito, no que tange à alegação de falta de prequestionamento quanto à aplicação do Decreto 72.771/73 ao caso em comento, a matéria restou prequestionada implicitamente.

De fato, está pacificado nesta Corte Superior que a inexistência no Tribunal de origem do prequestionamento explícito dos artigos elencados como violados no recurso especial, não prejudica o exame do mesmo, sendo suficiente para o seu conhecimento que a matéria objeto de irresignação tenha sido discutida. Ocorre, então, o prequestionamento implícito.

In casu, a matéria trazida à baila trata de aplicação do princípio *tempus regit actum* no reconhecimento de exercício de labor especial, especificamente no que tange ao nível de ruído ao qual esteve exposto o obreiro.

O e. Tribunal *a quo*, não fez indicação ao Decreto 72.771/73, que seria a legislação aplicável ao caso, mas desenvolveu tese no julgado relativa à matéria tratada no supramencionado dispositivo, qual seja, exposição ao agente nocivo ruído e sua aplicação no labor especial.

Destarte, houve o prequestionamento implícito do dispositivo legal impugnado, com perfeita viabilização do acesso à instância especial, afastada a arguição de falta de prequestionamento.

De igual modo, a Ministra Eliana Calmon, no julgamento do REsp 501.181/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 15/12/2003:

A sentença de 1º grau reportou-se ao Decreto 83.080/79 e concluiu que também o Decreto 89.312/84 excluía da incidência da contribuição previdenciária a remuneração dos servidores que estivessem submetidos a previdência estadual, o que ino corria com o ESTADO DO PARANÁ, pois o seu instituto de previdência não concede aposentadoria aos servidores comissionados.

O Tribunal Regional Federal, ao confirmar a sentença, não indicou nenhum dispositivo legal, mas deixou claro que adotava a tese desenvolvida no julgado e que sofreu impugnação com o prequestionamento dos decretos indicados como vulnerados neste recurso especial.

Entendo que se deu o prequestionamento implícito dos dispositivos legais, com perfeita dedução e julgamento da tese jurídica, de tal modo que não se pode argüir falta de prequestionamento, como alegou o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS.

Desse modo, a necessidade de prequestionamento explícito é atenuada pelo Superior Tribuna de Justiça que conhece dos recursos especiais, desde que discutida a matéria dos dispositivos de lei federal pelo acórdão vergastado, ainda que sem indicação numérica do preceito legal no aresto.

Portanto, podemos concluir, a par da jurisprudência colacionada, que para abertura da via especial, requer-se o prequestionamento ainda que implícito, da matéria infraconstitucional e que, tal exigência, tem como desiderato impedir a

condução ao Superior Tribunal de Justiça de questões federais não debatidas no Tribunal de origem.

Concluímos, também, que o STJ não exige o prequestionamento numérico dos artigos de lei tidos por violados, ou seja, não exige que o dispositivo tenha sido expressamente consignado no acórdão recorrido.

3 MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA

3.1 Conceito, Características e Função

Podemos conceituar a lei de ordem pública como sendo aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, isso, de acordo com os preceitos de direito.

Tal conceituação parte da salutar afirmação de Paulo Henrique dos Santos Lucon (2005, p. 733), no sentido de que:

As assim chamadas matéria de ordem pública dizem respeito às condições da ação e aos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido do processo. São elas, portanto, relacionadas ao amplo espectro dos requisitos de admissibilidade da tutela jurisdicional.

Como características marcantes, as matérias de ordem pública devem ser conhecidas de ofício pelo julgador e não se sujeitam à preclusão, conforme dispõe os artigos 267, § 3º, 301, § 4º, do CPC.⁴

Em face de sua natureza, devem ser reconhecidas a qualquer tempo ou grau de jurisdição, sem sujeitar-se ao efeito da preclusão, conforme disposto no art. 245, § único, do Código de Processo Civil.⁵

As matérias de ordem pública estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro no âmbito do direito material e no processual. Vejamos as seções que se seguem explicando os referidos institutos.

⁴ Art. 267 do Código de Processo Civil - Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...]

§ 3º - O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos nºs. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

Art. 301 do Código de Processo Civil - Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

[...]

§ 4º - Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.

⁵ Art. 245 do Código de Processo Civil - A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Parágrafo único - Não se aplica esta disposição às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão, provando a parte legítimo impedimento.

3.2 Matéria de Ordem Pública Material

As nulidades de ordem material preservam o interesse coletivo em detrimento do individual. Elas estão dispostas no CDC, CLT, CTN, CC e CPC, e outros.

No âmbito do direito material, conforme anotado é o interesse estatal sobrepondo-se aos dos particulares, destaca-se, apenas a título exemplificativo, o Código de Defesa do Consumidor (art. 1º),⁶ art. 2.035, parágrafo único, do CC de 2002,⁷ art. 123, do CTN.⁸

3.3 Matéria de Ordem Pública Processual

Na seara processual, as matérias de ordem pública têm por finalidade assegurar o exercício da jurisdição. São as chamadas nulidades processuais absolutas, como exemplo: perempção, litispendência e coisa julgada, legitimidade, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido.

São exemplos de questões, no Código de Processo Civil, que devem ser objeto de conhecimento, de ofício pelo julgador, conforme os seguintes artigos: 3º,⁹ (legitimidade, como condição de ação); 4º¹⁰ (interesse de agir); 113¹¹ (incompetência

⁶ Art. 1º do Código de Defesa do Consumidor - O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e artigo 48 de suas disposições transitórias.

⁷ Art. 2.035 do Código Civil - A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

⁸ Art. 123 do Código Tributário Nacional - Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

⁹ Art. 3º do Código de Processo Civil - Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

¹⁰ Art. 4º do Código de Processo Civil - O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência ou da inexistência de relação jurídica; II - da autenticidade ou falsidade de documento.

¹¹ Art. 113 do Código de Processo Civil - A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.

absoluta), 236,¹² § 1º, 247,¹³ 333,¹⁴ § único, e 618¹⁵ (necessidade da publicação conter os nomes das partes e de seus representantes legais); 84¹⁶ e 246¹⁷ (falta de intimação do Ministério Público); 250¹⁸ e 295,¹⁹ V (erro na forma do procedimento); 268²⁰ (extinção do processo por abandono da causa); 301,²¹ §§ 1º e 3º (litispendência).

Por fim, os institutos da prescrição e da decadência.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier (2004, p. 122),

estes os institutos da prescrição e decadência estão diretamente relacionados com a inércia de um sujeito, em face do decorrer do tempo, que dará origem à perda de um direito. Tem como finalidade colocar fim uma situação cuja subsistência por tempo indeterminado prejudicaria a estabilidade das relações jurídicas.

Sílvio Venosa (2003, p. 615) ensina que “prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso delas, durante um determinado espaço de tempo”.

¹² Art. 236 do Código de Processo Civil - No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial. § 1º - É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação.

¹³ Art. 247 do Código de Processo Civil - As citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais.

¹⁴ Art. 333 do Código de Processo Civil - O ônus da prova incumbe: [...] Parágrafo único - É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

¹⁵ Art. 618 do Código de Processo Civil - É nula a execução: I - se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível (art. 586); II - se o devedor não for regularmente citado; III - se instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo, nos casos do Art. 572.

¹⁶ Art. 84 do Código de Processo Civil - Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo.

¹⁷ Art. 246 do Código de Processo Civil - É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir.

¹⁸ Art. 250 do Código de Processo Civil - O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.

¹⁹ Art. 295 do Código de Processo Civil - A petição inicial será indeferida: [...] V - quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal;

²⁰ Art. 268 do Código de Processo Civil - Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado.

²¹ Art. 301 do Código de Processo Civil - Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: § 1º - Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada; § 3º - Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.

Quanto à decadência, conceitua Caio Mário da Silva Pereira (2007, p. 689): “Decadência é o perecimento do direito potestativo, em razão do seu não-exercício em um prazo predeterminado”.

No atual Código Civil, art. 210,²² e no art. 219, § 5º, do CPC,²³ há disposição expressa no sentido de que o juiz pode declarar, de ofício, a prescrição e a decadência, com a conseqüente extinção do processo, com julgamento de mérito.

Ante as matérias de ordem pública processual, cabe um estudo sintético da profundidade do efeito devolutivo que é estudado por alguns doutrinadores como se cuidasse de um efeito diverso, ao qual, passaram a denominar de translativo.

Com efeito, a extensão vertical do efeito devolutivo (ora denominado translativo) significa definir exatamente as matérias que se submetem, por força da impugnação, ao julgamento pelo Tribunal Superior.

De acordo com Leonardo Castanho Mendes (2006, p. 167):

O chamado efeito translativo ocorre, assim, como uma espécie de superação dos limites muito restritos do efeito devolutivo e só pode ser invocado, pois, em situações excepcionais, em que a ocorrência de circunstâncias processuais graves (normalmente vícios insanáveis) justifique a extrapolação dos interesses meramente individuais que determinam a extensão da atividade dos tribunais, quando estes julgam recursos.

Nery (*apud* Mendes, 2006, p. 167):

Nelson Nery diz que o efeito translativo ocorre naqueles casos “em que o sistema processual autoriza o órgão ad quem a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões (sic) do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento extra, ultra ou infra petita”. O mesmo autor acrescenta que “isto ocorre normalmente com as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (por exemplo, arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, ambos do CPC)”

É nessa seara que age o chamado efeito translativo tal qual delineado por Nelson Nery Junior (1996, p. 415), para o qual:

há casos, entretanto, em que o sistema processual autoriza o órgão ad quem a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento extra, ultra ou infra petita. Isto ocorre normalmente com as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (por exemplo, arts. 267, §3.º, e 301, §4.º, ambos do CPC). A translação

²² Art. 210 do Código Civil - Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.

²³ Art. 219 do Código de Processo Civil - A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 5º - O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

dessas questões ao juízo ad quem está autorizada nos arts. 515, §§ 1.º e 2.º, e 516 do CPC.

Portanto, sempre que o órgão *ad quem* puder apreciar uma questão fora dos limites impostos pelo recurso, estar-se-á diante do referido recurso.

Assim, a remessa das questões de ordem pública à apreciação do tribunal ao qual se recorre, a despeito de ter o recorrente se manifestado ou não sobre elas, é expressão da manifestação do referido efeito.

Passaremos, nos próximos capítulos a tratar das questões de ordem pública e do efeito translativo do recurso especial que tornará possível a apreciação das referidas matérias.

4 O EFEITO TRANSLATIVO NO RECURSO ESPECIAL

Conforme apresentado, o prequestionamento é elemento indispensável ao conhecimento do recurso especial, em face da sua missão específica de uniformizar a interpretação da lei federal, a teor do que disciplina o art. 105, III, da CF de 1988.

Por outro lado, as questões de ordem pública versam sobre matéria de caráter inderrogável e inafastável, tendo em vista a prevalência do interesse público sobre o particular, de modo que devem ser conhecidas, de ofício, pelo julgador, além de não estarem sujeitas ao instituto da preclusão.

Diante dessas proposições, a doutrina e a jurisprudência têm entendimento dissonante acerca da exigência da necessidade do prequestionamento para fins de viabilizar a análise da matéria de ordem pública em sede de recurso especial, bem como da existência do efeito translativo no recurso especial.

Embora aparentemente simples, a questão encerra pontos conflitantes.

Nesse tópico, serão apresentadas as três correntes que envergam entendimento sobre a possibilidade ou não do conhecimento da matéria de ordem pública sem o debate prévio pelo Tribunal de origem e sobre a existência ou não o efeito translativo do recurso especial.

Cuidamos anteriormente do efeito devolutivo do recurso especial sem fazer menção ao efeito translativo.

Ocorre que, o efeito translativo é desdobramento do efeito devolutivo.

Digo isso porque, segundo Didier (2008, p. 82):

O efeito devolutivo determina os limites horizontais do recurso; o efeito translativo, os verticais. O efeito devolutivo delimita o que se pode decidir; o efeito translativo, o material com o qual o ad quem trabalhará para decidir a questão que lhe foi submetida. O efeito devolutivo (extensão) relaciona-se ao objeto litigioso do recurso (a questão principal do recurso); o efeito translativo (profundidade do efeito devolutivo) relaciona-se ao objeto de conhecimento do recurso, às questões que devem ser examinadas pelo órgão ad quem como fundamentos para a solução do objeto litigioso recursal.

Diverge a doutrina acerca da existência do efeito translativo e da dimensão vertical do efeito devolutivo, ou seja, da extensão da competência do

tribunal ad quem para apreciação das questões decididas ou não pelo tribunal *a quo*. Passemos então a analisar as correntes relacionadas ao tema. A questão é: o órgão ad quem poderá reapreciar todas essas questões, examinadas ou não pelo juízo *a quo*?

Aqui, ressaltamos a posição que os Tribunais Superiores têm sobre o prequestionamento. Há uma posição forte, e majoritária, que entende ser indispensável a identificação de uma questão de direito federal ou constitucional para se franquear o acesso da parte à via extraordinária.

Há uma segunda posição, minoritária, entendendo que o requisito do prequestionamento pode ser afastado quando se tratar de matéria de ordem pública processual. E há, ainda, uma terceira posição, com berço no Supremo Tribunal Federal, entendendo que os embargos de declaração da parte têm o condão de integrar a própria decisão recorrida (prequestionamento ficto).

É a respeito das posições acima aventadas que cuidaremos de tratar nas seções seguintes.

4.1 Posição Favorável ao Efeito Translativo da Matéria de Ordem Pública sem o Prequestionamento

Dentre os doutrinadores que são favoráveis a tese da aplicação do efeito translativo para as matérias de ordem pública, em sede de recurso especial, sem o necessário prequestionamento, pode-se citar Fredie Didier Junior, Bernardo Pimentel Souza, Rodolfo Mancuso.

Para Tânia Aoki Carneiro (2007, p. 209), citando Nelson Nery, destaca que a questão deve ser definida a partir dos efeitos dos recursos. Sobre o tema expressa:

Nelson Nery Júnior, por sua vez, sustenta que a possibilidade de exame das questões de ordem pública que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e sobre as quais não se opera a preclusão (arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC), bem como das questões dispositivas que deixaram de ser apreciadas pelo julgador, apesar de terem sido debatidas no processo, decorre do efeito translativos dos recursos.

Mais adiante, aduz a referida autora às fls. 222:

Uma corrente doutrinária mais liberal admite que, mesmo não sendo superado o juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário,

os Tribunais Superiores deverão conhecer das questões de ordem pública *ex officio*, porquanto os recursos excepcionais são dotados de efeito translativo pleno, sendo suficiente que o feito seja levado à apreciação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Federal, por meio dos recursos.

Por todo o exposto, entendemos que o conhecimento das matérias de ordem pública, de ofício, em sede de recurso especial e extraordinário, independentemente da prévia postulação das partes ou de decisão do órgão jurisdicional *a quo*, não afronta as normas constitucionais que disciplinam os recursos excepcionais (arts. 102, III, e 105, III, CF/88), propiciando, ao revés, a harmonização do requisito constitucional do prequestionamento com a garantia de acesso à justiça efetiva (art. 5º, XXXV, CF/88).

O Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar Júnior (2006, p. 286-287), em artigo publicado no ano de 2006, define que o posicionamento do STJ sobre a questão, ainda comporta divergência e, por fim, lança os seguintes argumentos:

A verdade é que o entendimento do Tribunal ainda não está pacificado.

IV. A ordem pública é um conceito complexo, que pode funcionar como um princípio para distinguir leis ou questões de ordem pública e de ordem privada, ou como cláusula geral, para qualificar condutas. No cerne da sua definição estão as idéias de inderrogabilidade pelas partes e relevância do interesse da sociedade.

V. São questões de ordem pública, no âmbito do Recurso Especial, as indicadas nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, as que versam sobre nulidade que não preclui (art. 245, parágrafo único), e outras situações previstas em outras normas ou decorrentes do sistema (art. 40 da Lei de Execução Fiscal, intempestividade do recurso, inconstitucionalidade de lei, etc.)

Não definida na lei, cabe ao Tribunal reconhecer tratar-se de questão de ordem pública.

VI. A questão de ordem pública, só por isso, não dispensa o requisito de prequestionamento. Isso significaria alterar substancialmente o sistema desenhado pela Constituição, transformando o STJ em tribunal de revisão ordinária dos julgados dos tribunais locais, desfigurando a sua posição, aumentando ao infinito o número dos recursos e permitindo o uso abusivo das “nulidades guardadas”, a serem suscitadas depois de vencida a instância ordinária. Na situação mais favorável, a sua apreciação acontecerá sem prequestionamento, quando necessária para a aplicação do direito à espécie, no recurso conhecido por outro fundamento.

Rodolfo Camargo Mancuso (2006, p. 289), afirma:

De fato, parece-nos que em questões de ordem pública, que, por sua natureza, não precluem e são suscetíveis em qualquer tempo e grau de jurisdição, além de serem cognoscíveis de ofício, e bem assim em tema de condições da ação e de pressupostos - positivos e negativos - de existência e validade da relação jurídica processual (CPC, art. 267, § 3º), o quesito do prequestionamento pode ter-se por inexigível, até em homenagem à lógica do processo e à ordem jurídica justa.

No âmbito do STJ, cito as seguintes decisões que atenuaram o requisito do prequestionamento para fins de conhecer da matéria de ordem pública:

Preliminarmente advirto que a questão da legitimidade ativa não foi prequestionada neste especial, o que, entretanto, não impede seu exame pelo STJ, uma vez que admitido o recurso por ofensa à Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

(...)

A rigidez da observância veio a ser flexibilizada por alguns acórdãos que entendem possível adentrar-se o STJ em matéria de ordem pública de ofício se, após ser o especial conhecido, com o prequestionamento de tese jurídica pertinente, depararem-se os julgadores com uma nulidade absoluta ou com matéria de ordem pública e que pode levar à nulidade do julgamento ou a sua rescindibilidade. Nesse sentido, transcrevemos julgados que bem demonstram a tese jurídica:

RECURSO ESPECIAL. CONHECIMENTO. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE (SUMULA Nº 456 - S.T.F. E RISTJ, ART. 257). AMPLITUDE.

I - Caracterizado o dissenso entre o acórdão recorrido e o paradigma colacionado, quanto à natureza da isenção, impõe-se, na espécie, o conhecimento do recurso, aplicando-se o direito à espécie.

II - No contexto assinalado, deve o órgão julgador limitar-se ao exame da questão federal colacionada, mas, se, ao assim proceder, tiver de julgar o mérito da controvérsia, pode, de ofício, conhecer das práticas atinentes às condições da ação e os pressupostos processuais.

III - Recurso especial de que se conhece, a fim de se julgar extinto o processo sem julgamento do mérito (C.P.C., artigo 267, VI).

(REsp 36.663/RS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, unânime, julgado em 18/10/1993, DJ de 8/11/1993, pag. 330)

[...]

DIREITO AUTORAL. INTERDITO PROIBITÓRIO. INADMISSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO.

- No recurso especial, é admissível ao STJ conhecer de ofício das matérias alusivas às condições da ação e aos pressupostos processuais, quando lhe for submetida à apreciação o mérito da controvérsia. Precedentes.

- "É inadmissível o interdito proibitório para a proteção do direito autoral" (súmula nº 228-STJ).

Recurso especial não conhecido.

(REsp 94.458/PR, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, unânime, julgado em 15/2/2001, DJ de 9/4/2001)

Observe-se que não se afasta o prequestionamento, porque se assim fosse deixaríamos de ter no especial um recurso técnico para transformá-lo em um recurso de revisão, descaracterizando, por completo, a finalidade constitucional do próprio STJ.

Entretanto, aberta a via do conhecimento, cabe ao STJ, no julgamento meritório do especial, aplicar o direito à espécie, como preconizado está na Súmula 456 do STF, não sendo demais transcrevê-la:

O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

.....

O fato é que as questões relacionadas aos pressupostos processuais, perempção, litispendência, coisa julgada e condições da ação, segundo o disposto no artigo 267, § 3º do CPC podem ser analisadas *ex officio* e a qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida sentença de mérito

Por exemplo, ao se suscitar a questão sobre a ilegitimidade de parte, não pode o Tribunal simplesmente eximir-se de apreciá-la, sob alegação de preclusão, caso seja possível analisá-la sem arguição da parte.

Existe, por outro lado, o posicionamento mais rígido de acordo com o qual o prequestionamento, essencial ao acesso à instância superior, é imprescindível até mesmo em se tratando de nulidade absoluta e condições da ação.

.....

Aliás, é esse entendimento que enseja ao STJ instaurar incidente de inconstitucionalidade *ex officio*, como previsto no RISTJ, arts. 199 e 200.

Anote-se que, se fosse a inconstitucionalidade prequestionada, ou simplesmente argüida, fechada estaria a via do especial, porque a competência para exame da inconstitucionalidade é do STF. Entretanto, aberta a via especial pelo conhecimento, cabe ao relator examinar as questões de ordem pública, para evitar perplexidades.

O entendimento é exato na medida em que se pretende fazer do processo instrumento de resultado para a adequada aplicação do direito, mesmo com o compromisso de seguir-se a técnica de um recurso que, como diz o próprio nome, é especialíssimo.

Nos precedentes a seguir transcritos, o STJ não examinou diretamente a tese relativa à possibilidade de apreciação de questões de ordem pública, se ultrapassado o juízo de admissibilidade do especial, como nos arestos anteriores. Entretanto, aplicou exatamente essa técnica. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADICIONAL AO FRETE PARA RENOVAÇÃO DA MARINHA MERCANTE. ISENÇÃO. DDLL NUMS. 2404/87 E 2414/88.

- Aplicação do direito a espécie (art. 257, RISTJ). Conhecimento, de ofício, das matérias atinentes às condições da ação e aos pressupostos processuais. Autoridade coatora. Ilegitimidade. Extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, VI, do CPC). Precedente.

(REsp 41.226/PR, rel. Min. Américo Luz, Segunda Turma, unânime, julgado em 4/5/1994, DJ de 6/6/1994, pag. 14.270)

TRIBUTÁRIO. ADICIONAL AO FRETE PARA RENOVAÇÃO DA MARINHA MERCANTE. ISENÇÃO. DECRETOS-LEIS 2.404/87 (ART. 5º, V, "C") E 2.414/88. AUTORIDADE COMPETENTE. MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO. PRECEDENTES.

1. O art. 5º. V. "c" do Decreto-lei 2.414/88, conferiu ao Ministério das Relações Exteriores competência para apreciar os pedidos de isenção do AFRMM.

2. Incabível mandado de segurança contra o representante da ex-SUNAMAM por sua inequívoca ilegitimidade passiva.

3. Decretada, de ofício, a extinção do processo, nos termos do art. 267, VI e § 3º do CPC.

(REsp 165.017/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, unânime, julgado em 14/12/1999, DJ de 10/4/2000)

[...]

Observe-se que o STF, embora em decisão antiga, já prestigiava o procedimento:

Decadência – É a matéria de ordem pública e pode ser declarada em qualquer fase processual, mesmo no recurso extraordinário e ainda que não prequestionada. Dever do Juiz de pronunciá-la de ofício.

Dissídio não comprovado. Inaplicação da Súmula, nºs 285 e 356. Embargos conhecidos e rejeitados.

(RE 66.103 embargos/MG, rel. Min. Adaucto Cardoso, Tribunal Pleno, julgado em 18/11/1970, DJ de 31/3/1971)

Os precedentes aqui colacionados servem para efeitos ilustrativos, porque a posição majoritária da jurisprudência é no sentido de só ser possível reconhecer de ofício matéria de ordem pública se conhecido o recurso. A doutrina, por seu turno, mantém-se ortodoxa quanto ao prequestionamento flexibilizado.

.....

Neste estágio de desenvolvimento do nosso pensamento, podemos afirmar que entre o conflito das matérias de ordem pública e o requisito do prequestionamento, dar-se preferência a este por uma questão de precedência lógica, ou seja, analisam-se as matérias de ordem pública no recurso especial, somente se o recurso extremo for conhecido.

Não significa dizer que as matérias de ordem pública, por não estarem dispostas explicitamente no texto constitucional, diferentemente do prequestionamento, tenham menor valor, não é isso, a linha que foi adotada pelo STJ é eminentemente técnica, pois somente se analisa matéria de ordem pública após e se o recurso especial for conhecido.

Tal entendimento é perfeitamente lógico e razoável, eis que o efeito translativo do recurso especial permite que, conhecido o recurso a Corte Superior tem o dever de aplicar o direito à espécie, no entanto, não é dado ao julgador proferir decisão inquinada de vícios, devendo analisar a matéria de ordem pública de ofício como medida de boa administração da justiça.

.....

Na espécie, é de ser conhecido o recurso, seja por violação do art. 535, II, do CPC, seja por negativa de vigência ao art. 87 da Lei 9.393/96, devidamente prequestionados.

Aberto o juízo de mérito, pelo conhecimento do recurso, de ofício levanto a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público, pelas razões seguintes. Temos, para exame, ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, o qual pretendeu defender e proteger uma criança específica, Victor Augusto Correia de Freitas, impondo ao Município obrigação de fazer, ou seja, oferecer ao menor educação infantil adequada, até seis anos, "em período integral, às expensas do Município, no PROJETO ESCOLA EVOLUÇÃO ou em escola infantil similar, nas proximidades da residência da genitora do infante, consignando-se que a condenação perdurará enquanto o Poder Público Municipal não oferecer ao infante vaga na rede pública oficial, em local próximo de sua residência" (fl. 13).

Está claro que, na demanda, o Ministério Público defende direito individual do menor, Victor Augusto Correia de Freitas, o que lhe está vedado por via de ação civil pública.

Sem compromisso ainda quanto ao mérito, tenha-se presente que na ação civil pública atua o parquet como substituto processual da sociedade, que exige o cumprimento da lei: no caso, o direito de todas as crianças, da faixa etária de Victor e residentes no município de terem garantido o que lhes é assegurado no art. 54, IV, da Lei 8.069/90.

Por via da ação civil pública, está o MP legitimado a defender os interesses transindividuais, sem vinculação a qualquer das partes, diferentemente do que ocorre quando intervém em razão de interesse público ligado a condições especiais de uma pessoa, como por exemplo, um incapaz determinado, um acidentado do trabalho, uma pessoa portadora de deficiência etc.

O MP pode, efetivamente, agir como representante ou substituto processual de pessoa determinada, mas é necessário, na hipótese, saber o porquê da representação ou da substituição, pois os pais representam o menor e só em casos específicos é que o MP age em favor deste, como bem exposto por Hugo Nigromazilli:

A possibilidade de o Ministério Público agir como autor no processo civil supõe autorização taxativa na lei, salvo as hipóteses de legitimação genérica nas ações civis públicas em defesa de interesses transindividuais.

(A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 16ª ed., pág. 90)

Assim compreendendo a questão, voto pela decretação da nulidade do processo, ab initio, por ilegitimidade ativa do autor.

Com essas considerações, voto, em preliminar, pela nulidade do processo por ilegitimidade do Ministério Público, dando parcial provimento ao recurso.

No julgamento do REsp. 660.519/CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 20/10/2005, assim ficou assentado entendimento:

1. Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no Tribunal de origem. Questiona-se, por isso mesmo, a existência, nessa espécie recursal, do chamado efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública, conforme permitem o art. 267, § 3º, e o art. 301, § 4º, do CPC. Há respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial que nega tal efeito aos recursos extraordinário e especial, à consideração de que ele seria incompatível com a exigência do prequestionamento, ínsita à natureza dos recursos excepcionais. Tese contrária, defendida por também importante corrente de pensamento, adverte, todavia, que, apesar de seus estreitos limites de devolutividade, o recurso especial tem por finalidade, ainda assim, julgar uma "causa" e, como tal, não está inteiramente alheio ao caso concreto ou à relação jurídica efetivamente questionada. Nessas circunstâncias, não pode a instância extraordinária simplesmente ignorar eventuais defeitos ou nulidades que impeçam a prestação da tutela jurisdicional na hipótese em julgamento, ainda quando o empecilho não tenha sido objeto de exame na origem e nem tenha sido suscitado pela parte interessada. Ilustrativa síntese da polêmica foi desenvolvida por Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, em seu Recurso Especial (São Paulo, RT, 2002, p.336-342).

2. Embora destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é, entretanto, uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Não se pode desconhecer a sua condição de instrumento para julgar uma causa determinada. Era assim na sua gênese, o recurso extraordinário, ainda submetido ao disposto na Súmula 456/STF: "O Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie". E é o que está no Regimento Interno do STJ: "Art. 257. No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie". Bem se vê, portanto, que também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa, a uma situação em espécie. Ora, isso não pode ser ignorado quando se examina o requisito do prequestionamento. Há de se atribuir a esse requisito um adequado grau de relatividade, de modo a não representar insuperável entrave a que o recurso especial alcance a sua outra função, de julgar uma causa determinada, aplicando o direito à espécie. Assim, nos casos em que eventual nulidade ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o recurso especial cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, é de se admitir que a matéria seja conhecida e enfrentada de ofício. Nesses limites, portanto, também o efeito translativo é inerente ao recurso especial.

3. No caso dos autos, a decisão proferida pelo Tribunal a quo não guarda nenhuma compatibilidade com a controvérsia original a ser dirimida. Na inicial, os recorrentes, na qualidade de empregados do Banco do Estado do Ceará, pleiteiam o reconhecimento da não-incidência de imposto de renda sobre as seguintes verbas: indenização recebida em razão da supressão de direitos trabalhistas outrora concedidos pelo empregador (licença-prêmio, disponibilidade, folgas, anuênio, adicional noturno superior ao previsto na

legislação, auxílio-refeição, cesta alimentação, abono de folga de estudante para fins de realização de prova escolar, internação hospitalar, consulta filho e indenização por morte ou incapacidade decorrente de assalto) e da regularização de reajustes decorrentes de convenções coletivas não cumpridas. O acórdão recorrido, todavia, apreciou a incidência de imposto de renda sobre parcela paga pela Petrobrás S/A a título de indenização de horas trabalhadas. A solução é o conhecimento de ofício da nulidade processual, por afronta aos arts. 128 e 460 do CPC, a fim de que o Tribunal de origem renove o julgamento do recurso submetido à sua apreciação, atentando para os termos da controvérsia originalmente posta.

4. Pelas razões expostas, conheço do recurso especial para, de ofício, anular o acórdão recorrido, a fim de que outro seja proferido.

Com efeito, doutrina e jurisprudência, muito embora com entendimento minoritário, acenam para que sejam mitigados os efeitos do prequestionamento, aplicando o efeito translativo ao trânsito das matérias de ordem pública em sua maior extensão vertical, para se conhecer em profundidade das referidas matérias, ainda que não tenham sido objeto do pedido recursal, em detrimento do que disciplina o texto constitucional.

4.2 Posição Favorável à Aplicação do Efeito Translativo para o Conhecimento das Matérias de Ordem Pública, desde que Prequestionada

Indubitavelmente, doutrina e jurisprudência majoritárias são firmes ao se posicionarem pela inaplicabilidade do efeito translativo às matérias de ordem pública que não foram objeto de exame nas instâncias ordinárias.

Nesse sentido, deve-se destacar a linha de pensar de Gleydson Kleber Lopes de Oliveira (2002, p. 274) que afirma: “Para efeito de admissibilidade do recurso especial, torna-se indispensável à configuração do prequestionamento da questão de ordem pública, sob pena de violação do preceito constitucional que, inegavelmente, o exige.”

Rita Dias Nolasco (2006, p. 490-491) lembra: “A regra é a de que, ao conhecer dos recursos especial e extraordinário, deve o órgão julgador limitar-se ao exame da questão federal ou constitucional decidida e impugnada pelo recorrente”. (Possibilidade do reconhecimento de ofício de matéria de ordem pública no âmbito dos recursos de efeito devolutivo restrito”).

Athos Gusmão Carneiro (2008, p. 360), sobre a questão, expressa as seguintes razões “O STJ tem exigido o prequestionamento mesmo em se tratando de

alegação de ofensa a preceitos de ordem pública, tais como os alusivos à incompetência.”

José Miguel Garcia Medina (2005, p. 235-236), ao tratar do assunto, assevera:

A Constituição, em seu artigo 105, inciso III, deixou claro que só caberia recurso especial sobre “causas decididas”, e delas não se fez menção a qualquer tipo de exceção, nem mesmo àquelas inseridas nos artigos 267, § 3º, e 301, § 4º, do Código de Processo Civil. Sendo assim, considerando que os requisitos de admissibilidade da via especial encontram-se expressos no texto constitucional, não haveria que se falar em aplicação de lei inferior, com base no princípio da hierarquia das normas, *lex superior derogat legi inferiori*.

Nessa mesma linha de pensar, é o entendimento preponderante do Superior Tribunal de Justiça, dentre vários julgados, cito os seguintes:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ARGÜIÇÃO DE NULIDADES ABSOLUTAS. PREQUESTIONAMENTO. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. Conforme entendimento predominante nesta Corte, o prequestionamento é requisito indispensável do recurso especial, mesmo quando cuide de matérias de ordem pública, as quais seriam apreciáveis de ofício pelas instâncias ordinárias.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag. Rel. Min^a Jane Silva, Desembargadora convocada do TJ/MG, DJ de 28/04/2008, p. 1.

PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - NÃO-CARACTERIZAÇÃO DAS HIPÓTESES DO ART. 535 DO CPC - PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO - CONHECIMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS COMO AGRAVO REGIMENTAL - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA ARGÜIDA APÓS O JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL - FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Se a petição de embargos declaratórios impugna a decisão recorrida em sua totalidade, com requerimento de reforma do julgado, traduz-se, a bem da verdade, em agravo regimental. Diante da fungibilidade recursal, os embargos declaratórios podem ser tomados como agravo regimental.

2. Não é possível, após o julgamento do recurso especial que entendeu ser aplicável a Súmula 284 do STF no tocante à alegação de violação do art. 535 do CPC, desenvolver novos argumentos na busca do conhecimento do especial nesta parte.

3. No que diz respeito ao pedido de reconhecimento de matéria de ordem pública superveniente, qual seja, a de que o STF afastou a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa para a responsabilização dos agentes políticos, devendo o processo ser, desde já, extinto sem resolução do mérito, importa dizer que este tribunal, inserido em sua competência constitucional como instância superior, não se coaduna do regramento de uma Corte de Revisão, mas sim de uma Corte de Cassação, nos moldes específicos do art. 105, III, da CF, sendo necessário, nessa parte, o prequestionamento.

Embargos declaratórios conhecidos como agravo regimental. Agravo regimental improvido. (EDcl no REsp 624.996/PR, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 24/03/2008, p. 1)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO. PREQUESTIONAMENTO INDISPENSÁVEL.

1. Está pacificado nesta Corte que mesmo as matérias passíveis de conhecimento de ofício na instância ordinária, como a prescrição, não dispensam o requisito do prequestionamento para viabilizar o conhecimento do recurso especial, pois essa exigência decorre da Constituição Federal.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag. 862.742/MG, Rel^a. Min^a, Denise Arruda, DJ de 17/12/2007, p. 130)

Alinhando-se ao pensamento dos doutrinadores citados e dos exemplares de jurisprudência colacionados, podemos inferir que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a análise das matérias de ordem pública, desde que devidamente prequestionadas na instância *a quo*.

4.3 Posição Contrária à Existência do Efeito Translativo no Recurso Especial

Doutrinadores de renome nacional e até ministros do próprio STJ posicionaram-se no sentido da inexistência do efeito translativo no recurso especial, dentre os doutrinadores podemos citar Nelson Nery Junior (1997, p. 415) que consigna expressamente em sua obra:

Não há o efeito translativo nos recursos excepcionais (extraordinário, especial e embargos de divergência) porque seus regimes jurídicos estão no texto constitucional que diz serem cabíveis das causas decididas pelos tribunais inferiores (art. 102, III e 105, III, CF). Caso o tribunal não tenha se manifestado sobre questão de ordem pública, o acórdão somente poderá ser impugnado por ação autônoma (ação rescisória).

De outra banda, o Supremo Tribunal Federal é unânime no que se refere a não aplicação do efeito translativo no âmbito do recurso extraordinário. Importante consignar, entretanto, que existem julgados, nos quais a doutrina indica como sendo as primeiras manifestações de um Tribunal Superior em abono à tese ora defendida.

Tratam-se, dentre outros, dos recursos extraordinários nº 66.103 (novembro de 1970), relatado pelo Ministro Eloy da Rocha, 66.128 (agosto de 1970), relatado pelo Ministro Raphael de Barros Monteiro, e 64.999/BA (maio de 1969), relatado pelo Ministro Thompson Flores.

Em abono à tese defendida pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça também possui jurisprudência no sentido da não aplicação do referido efeito quando do julgamento do Recurso Especial.

Neste sentido, colacionam-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRELIMINAR DE IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA UNIÃO POR ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. QUESTÃO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO QUANDO NÃO ABERTA A INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE

DIVERSOS DISPOSITIVOS LEGAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 282 DO STF. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 436, 332, 333, I E II, DO CPC. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ.

1. A questão da representação da União por órgão do Ministério Público Estadual, em causa de natureza fiscal, no caso concreto, é matéria que demanda a interpretação da competência da PGFN inscrita o art. 131, § 3º, da Constituição Federal conjugada com o disposto no citado § 5º do art. 29 do ADCT. Assim, a análise do tema refoge à competência desta Corte - a qual limita-se à aferição de violação a dispositivos de lei federal -, sob pena de usurpar-se da competência do Supremo Tribunal Federal insculpada no art. 102 da Constituição Federal.

2. A alegada nulidade não foi decidida por órgão colegiado do Tribunal Regional, não se considerando, portanto, prequestionada e, nem ainda, passível de impugnação por recurso especial, nem mesmo em face do efeito translativo do recurso, eis que não aberta a instância especial na hipótese.

3. A Corte a quo não proferiu juízo de valor, nem mesmo implicitamente, sobre o teor dos arts. 12, I, 13, I, 247, 248, 214, 215, 420, 396, 283, 165, 458, II e 512, do CPC, 1º, II, 13, VII e 16, II, do Decreto-Lei n. 147/67, 3º da Lei n. 6.830/80 e 204 do CTN. Não preenchido o inarredável requisito do prequestionamento, não é possível conhecer do recurso especial em relação aos referidos dispositivos legais. Incide, no ponto, a Súmula n. 282/STF.

4. Em relação à alegada ofensa dos arts. 436, 332, 333, I e II, do CPC - os quais a recorrente toma por base para sustentar que: (i) a empresa embargante não trouxe aos autos os documentos necessários à comprovação do direito alegado; (ii) o laudo pericial não tratou de todos os débitos exequêndos; (iii) existem nos autos elementos suficientes para ilidir o laudo do expert - a imperiosa necessidade de revolvimento do contexto fático-probatório dos autos para aferir o acerto do acórdão recorrido sobre tais questões impossibilita o conhecimento do recurso especial quanto a elas, forte no óbice da Súmula n. 7/STJ.

5. Recurso especial não conhecido. (REsp 851263/MG, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 08/10/2010)

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RENDA MENSAL VITALÍCIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RENDIMENTO MENSAL PER

CAPITA. ART. 20 DA LEI 8.742/93. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. PROVIMENTO NEGADO.

1. É inviável o exame de tema novo trazido exclusivamente no agravo regimental, acerca da ilegitimidade passiva da União. Não obstante as condições da ação serem questões de ordem pública, cognoscíveis *ex officio*, é impossível enfrentar matéria não previamente questionada nas instâncias ordinárias.
2. O julgado regional reprochado foi proferido com base no conjunto probatório construído de forma idônea nos autos, o qual indicou expressamente a condição de miserabilidade do autor, requisito elementar à concessão do benefício assistencial. Portanto, a revisão deste quadro fático encontra óbice no Enunciado 7 da Súmula deste Sodalício.
3. A comprovação da situação econômica do beneficiário e sua real necessidade não se restringe a hipótese do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93, que exige renda mensal familiar per capita não superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, pois tal condição pode ser verificada por outros meios de prova.
4. Decisão monocrática confirmada, agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 478379 / RS, Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJ 03/04/2006 p. 427).

Em idêntico sentido: STJ, 4a T., ag. reg. em ag. de inst. n. 67.596-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 27.6.1996, *in* DJU 26.8.1996, p. 29.638.

Doutrina e jurisprudência baseiam-se nos requisitos próprios dos recursos extraordinários para justificar a posição segundo a qual seria estranha à natureza dessa espécie recursal a aplicação do efeito translativo.

Rodolfo de Camargo Mancuso (2003, p. 80 e seguintes) coloca como características comuns aos recursos extraordinários os seguintes elementos: (i) prévio esgotamento das vias ordinárias; (ii) causa decidida; (iii) não são vocacionados à justiça do caso concreto; (iv) não se analisa matéria de fato; (v) juízo de admissibilidade bipartido e desdobrado: (vi) fundamentos de admissibilidade na Constituição Federal; (vii) execução que se faz na pendência de seu julgamento é provisória. Vejamos:

Cada um desses requisitos é utilizado de forma diferente na análise que os processualistas e os Tribunais pátrios fazem ao concluir pela impossibilidade da aplicação do efeito devolutivo em profundidade em grau de recurso extraordinário.

Cada um desses requisitos foi analisado em capítulo próprio, de maneira que, pedimos vênias para que o leitor se dirija às seções que cuidam dos temas para um melhor aprofundamento na matéria.

4.4 Nossa Posição

A segunda linha de pensar acima exposta, afirma que o prequestionamento é um requisito de admissibilidade do recurso especial imprescindível, razão de existir do próprio apelo extraordinário.

De fato, não podemos desconsiderar o requisito do prequestionamento na análise do recurso especial, porém, Paulo Henrique dos Santos Lucon (p. 490), em recente estudo sobre esse tema, ressaltou que:

havendo violação a essas regras superiores, o recurso especial deve ser conhecido e provido naqueles casos em que a decisão será *inutiliter data*. É por isso que matérias relacionadas com as nulidades absolutas, condições da ação e pressupostos de constituição e de desenvolvimento do processo, em certos casos, vão muito mais além do que o requisito do prequestionamento. A violação à norma jurídica por inobservância de matéria de ordem pública é de suma importância e não pode ser simplesmente desconsiderada pelo julgador nas instâncias especial e extraordinária.

Daí porque não podemos discordar do referido doutrinador, ao afirmar que, em alguns casos, o prequestionamento não é o melhor critério a ser seguido.

Isso porque ao se exigir o prequestionamento da questão jurídica sem critérios precisos elevam-se os custos do trâmite processual, sem um resultado capaz de influir no resultado do julgamento objurgado; o tempo do litígio vai às raias do desarrazoado, bem como, convive-se ao longo de todo o trâmite processual com uma decisão que é juridicamente nula, senão inexistente e conseqüentemente, inútil à busca do direito que se quer ver alcançado.

A exigência do prequestionamento sem mitigações, em verdade, é um desvio jurídico que existe em razão da dogmática meramente formal, mas em detrimento da instrumentalidade e efetividade da jurisdição.

Portanto, o prequestionamento, em alguns casos, realmente, deve ser mitigado, principalmente se tratarmos o tema sobre a perspectiva da teoria das nulidades, pois como é sabido, o vício que ofende o interesse público provoca a nulidade absoluta do ato inquinado, impossível de ser sanado, podendo ser declarado de ofício.

Chegamos a tais conclusões com base no entendimento do Ministro Teori Albino Zavascki, que, ao acolher a tese que ora sustentamos, foi enfático ao dizer que “o processo não é um palco de desfile de teses meramente acadêmicas.”

É o que se pode extrair do seguinte julgado que a seguir colacionamos:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EFEITO TRANSLATIVO. CONHECIMENTO DE OFÍCIO DE QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA (CPC, ARTS. 267, § 3º, E 301, § 4º). POSSIBILIDADE, NOS CASOS EM QUE O NÃO ENFRENTAMENTO DESSAS QUESTÕES CONDUZ A UM JULGAMENTO SEM NENHUMA RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA

COM A DEMANDA PROPOSTA.

1. Em virtude da sua natureza excepcional, decorrente das limitadas hipóteses de cabimento (Constituição, art. 105, III), o recurso especial tem efeito devolutivo restrito, subordinado à matéria efetivamente prequestionada, explícita ou implicitamente, no tribunal de origem.
2. Todavia, embora com devolutividade limitada, já que destinado, fundamentalmente, a assegurar a inteireza e a uniformidade do direito federal infraconstitucional, o recurso especial não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o Tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie (Súmula 456 do STF; Art. 257 do RISTJ).
3. Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o julgamento do recurso cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos previstos no art. 267, § 3º e no art. 301, § 4º do CPC. Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial.
4. No caso dos autos, o acórdão recorrido, bem assim as questões federais suscitadas no recurso especial, não têm relação de pertinência com a controvérsia originalmente posta. Examinar tais questões em recurso especial representaria, assim, atividade jurisdicional inútil, porque imprestável para o desfecho da causa.
5. Recurso especial conhecido, para, de ofício, anular o acórdão que julgou o agravo regimental. (Resp. 609144/SC, Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 24/05/2004, p. 197)

Ao mitigar o requisito do prequestionamento, o magistrado evita que instância extraordinária seja utilizada como meio meramente consultivo.

Impedi-se também que se produza jurisdição sem um efeito útil às partes, facilmente modificável por via dos meios autônomos de se impugnar a coisa julgada, dentre eles, por exemplo, a ação rescisória, sob a justificativa de se respeitar o requisito do prequestionamento, que afirmamos, não é o único, nem tampouco o mais importante requisito para a análise do recurso especial.

CONCLUSÃO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi instituído o Superior Tribunal de Justiça e junto a ele, com supedâneo no artigo 105, inciso III, o recurso especial, instrumento recursal com a finalidade de se garantir a boa aplicação do direito federal, bem como de unificar a jurisprudência em matéria de lei infraconstitucional federal.

Por ter o recurso natureza excepcional, o constituinte de 88 fez questão de ressaltar na Carta Magna seus pressupostos de admissibilidade, bem como suas hipóteses de cabimento.

Como se observou ao longo do presente trabalho, um dos pontos mais controvertidos da via recursal é, ainda, a existência do efeito translativo e sua aplicação para o conhecimento das matérias de ordem pública, bem como, sua intrínseca relação com o pressuposto do prequestionamento, segundo o qual, para ser conhecido o recurso especial é necessário que a matéria impugnada haja sido anteriormente ventilada.

Em momento oportuno, foi levantada a questão das matérias de ordem pública, nas quais a supremacia do interesse público se sobrepõe ao interesse dos litigantes. Tanto é, que quando detectadas pelo julgador, devem ser decretadas de ofício, e não estão sujeitas ao fenômeno da preclusão.

Com isso, o presente trabalho tratou de analisar a controvérsia existente sobre a hipótese de se conhecer de ofício a matéria de ordem pública, ainda que não prequestionada, com respaldo no efeito translativo.

Foi analisada a corrente que defende a possibilidade de se conhecer da matéria, mesmo ausente o requisito do prequestionamento, por se trataram de questões de suma importância para o deslinde da controvérsia, podendo inclusive fulminar o próprio direito que se busca.

Analisou-se também a linha de entendimento que defende a impossibilidade de se conhecer matéria de ordem pública no recurso especial, se ausente o requisito do prequestionamento, uma vez que expresso na Constituição a necessidade da matéria haver sido previamente decidida, ou seja, ainda que o

julgador possa conhecer em profundidade do apelo (efeito devolutivo vertical ou translativo).

Por outro lado, quadra assinalar a existência, ainda que ultrapassada, da corrente que defende inexistir o efeito translativo em sede extraordinária.

Por fim, nos posicionamos pela mitigação do requisito do prequestionamento, pois, em assim agindo, o magistrado evita que instância extraordinária seja utilizada como meio meramente consultivo.

Impedi-se também que se produza jurisdição sem um efeito útil às partes, facilmente modificável por via dos meios autônomos de se impugnar a coisa julgada, dentre eles, por exemplo, a ação rescisória, sob a justificativa de se respeitar o requisito do prequestionamento, que afirmamos, não é o único, nem tampouco o mais importante requisito para a análise do recurso especial.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado. **Recurso especial: questão de ordem pública. Prequestionamento.** In Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ALVIM, Arruda. **O recurso especial na Constituição Federal de 1988 e suas origens.** In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, ano.

Boletim do STJ, n. 02/98.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno.** 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNEIRO, Tânia Aoki. **Recurso especial, efeito translativo.** Matéria de ordem pública. In Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil.** 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro.** 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa.** 14ª impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

LEITE, Paulo Roberto Saraiva da Costa. In Recursos no Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial: admissibilidade e procedimento.** São Paulo. Saraiva, 1991.

LIMA, José Edvaldo Albuquerque. **Recursos ordinário, extraordinário e especial.** São Paulo: Mundo Jurídico, 2007.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Recurso Especial: Ordem Pública e Prequestionamento,** in Linhas Mestras do Processo Civil, obra coletiva coordenada por Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco. Local: Editora Jurídico Atlas, 2004.

_____. Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDES, Leonardo Castanho. **O recurso especial e o controle difuso de constitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 1, 22. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Manual dos recursos cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

RIBEIRO, Eduardo. **Recursos Cíveis de acordo com a Lei 9.765/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I, 51. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. v. 1, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm >, acesso em: 25 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 211**. “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>, acesso em: 25 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 7**. “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>, acesso em: 25 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 98**. “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.” Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>, acesso em: 25 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 282**. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. acesso em: 25 out. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº n. 356**. “O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos de declaração, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400. acesso em: 25 out. 2010.